Afro-Asian Journal of Scientific Research (AAJSR)
المجلة الأفروآسيوية للبحث العلمي (AAJSR)
E-ISSN: 2959-6505
Volume 3, Issue 1, January - March 2025
Page No: 93-111
Website: https://aajsr.com/index.php/aajsr/index
SJIFactor 2024: 5.028 ISI 2024: 0.580 معامل التأثير العربي (AIF) 2024: 0.74

عقود الاستثمار في القانون الداخلي ومايطرأ عليها من نزاع

ابراهيم الحسين ابراهيم عتيق [*]
[*] قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة بني وليد، بني وليد، ليبيا

Investment Contracts in Domestic Law and Disputes Arising Therefrom

Abraheem Alhousayn Abraheem Ateeg [*]
[*] Department of Private Law, Faculty of Law, Bani Waleed University, Bani Waleed, Libya

*المؤلف المراسل	119700002538@gmail.com	*Corresponding author
تاريخ الاستلام: 2024-10-05	**تاريخ القبول:** 2024-12-12	**تاريخ النشر:** 2025-01-08

الملخص:
تنال عقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع المستثمرين الأجانب بغرض تشجيع الاستثمار لتحقيق التنمية الاقتصادية أهمية كبيرة، حيث أن هذه الاستثمارات تكون بالنسبة لهذه الدول المضيفة الركيزة الأساسية والتي بواسطتها بناء الهيكل الاقتصادي لها، وتنظيم بنيتها الأساسية ومرافقها العامة على نحو يكون مع هذه العقود عاملاً حيويا ومؤثرا في تحقيق خطتها الاقتصادية التنموية، أما بالنسبة للمستثمر الأجنبي فزيادة في رأس المال والتوسع في الاستثمارات ومزيدا من فرص العمل. ولقد تعددت الآراء واختلفت المضامين المعطاة لهذه العقود من أجل تحديد ماهيتها، نظرا للخلط الذي وقع فيه البعض بينها وبين العقود الأخرى، وكذلك لعدم وجود عقد مسمى يمكن أن نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار، ففكرة هذه العقود هي أقرب ما تكون لكونها فكرة وصفية تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوافر فيها خصائص معينة. ونظرا لحقيقة أن الدولة تتمتع بسلطة تتضح وتتمثل في ممارسة نفوذها على المستويات التشريعية والتنفيذية والقضائية، فإنه يصبح من الضروري للمستثمر الخاص الأجنبي القائم بالاستثمار داخل الدولة المضيفة تأمين نفسه بعدد من الضمانات القانونية، بغرض حمايته بقدر كافٍ من احتمال إن تضيع حقوقه، أو أن يختل التوازن التعاقدي نتيجة تدخل الدولة كسلطة عامة في صورة إصدار قواعد تشريعية حديثة ، أو فرض إجراءات تنفيذية جديدة ، أو تقوم بأفعال قضائية دون أدنى احترام لحقوق المستثمر، هذا في حال حدوث نزاع بين الدولة والمستثمر الأجنبي. واستنادا لما سبق تتجلى أهمية البحث في تحديد أطراف عقود الاستثمار المتنازعة في القانون الداخلي.

الكلمات المفتاحية: عقود الاستثمار، المستثمر الاجنبي، التنمية الاقتصادية، التأمين، الضمانات القانونية.

Abstract
States' investment contracts with foreign investors for the purpose of encouraging investment for economic development are of great importance, as for these host states these investments are the fundamental pillar of building their economic structure and the organization of its infrastructure and public facilities in such a way as to make these

contracts vital and influential in achieving its economic development plan. For the foreign investor, it is the increase in capital, expansion of investments and increased employment opportunities. The contents given to these contracts have diverged in order to determine what they are, given the confusion between them and other contracts, as well as the absence of a so-called contract that could be called a state contract for investment. Given the fact that the state has a clear power to exercise its influence at the legislative, executive and judicial levels; it becomes necessary for a foreign private investor to invest within the host state to secure itself with a number of legal guarantees, with a view to protecting him sufficiently from the risk that his rights would be lost or to disrupt the contractual balance as a result of the state's intervention as a public authority in the form of the promulgation of modern legislative rules, or the imposition of new enforcement actions, or judicial acts without the slightest respect for the investor's rights, in the event of a dispute between the State and the foreign investor. Based on the foregoing, the importance of research is reflected in the identification of parties to disputing investment contracts in domestic law. Based on the foregoing, the importance of research is reflected in the identification of disputing parties' investment contracts in domestic and law.

Keywords: Investment contracts, foreign investor, economic development, insurance, legal guarantees.

مقدمة:

إن عقود الاستثمار[1] تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر. الدولة من جهة، والمستثمر الخاص الأجنبي من جهة ثانية، فالدولة بوصفها شخصًا سياديًا فإنها تتمتع بمزايا استثنائية لا يتمتع بها إلا المستثمر الأجنبي المتعاقد معها، والذي يعد في الأصل شخصًا من أشخاص القانون الخاص[2]. ونظرًا لحقيقة أن الدولة تتمتع بسلطة تتضح وتتمثل في ممارسة نفودها على المستويات التشريعية والتنفيذية والقضائية، فإنه يصبح من الضروري للمستثمر الخاص الأجنبي القائم بالاستثمار داخل الدولة المضيفة تأمين نفسه بعدد من الضمانات القانونية، بغرض حمايته بقدر كاف من احتمال أن تضيع حقوقه، أو أن يختل التوازن التعاقدي نتيجة تدخل الدولة كسلطة عامة في صورة إصدار قواعد تشريعية حديثة، أو فرض إجراءات تنفيذية جديدة، أو أن تقوم بأفعال قضائية دون أدنى احترام لحقوق المستثمر، هذا في حال حدوث النزاع بين الدولة والمستثمر الأجنبي والذى سوف نتناوله في الفصل اللاحق، واستنادًا لما سبق تتجلى أهمية البحث في تحديد أطراف عقود الاستثمار، وعليه ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين، الأول سنبحث فيه الدولة كطرف في عقد الاستثمار، ثم المطلب الثاني الخاص بالطرف الثاني وهو المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في التعرف على الاستثمار الأجنبي والدور الحيوي الذي يمكن أن يلعبه هذا الاستثمار في تنمية اقتصاديات الدول المضيفة وذلك ان تمكنت هذه الدول من توجيه وتنظيم وتخطيط هذه الاستثمارات بصورة جيدة لان هذه الاستثمارات تشكل ضرورة كبيرة لهذه الدول لتلبية حاجتها من خلال إدخال التقنية الحديثة وفتح فرص العمل أمام مواطن البلد المضيف للاستثمار وتوفير فرص التدريب لهم بالإضافة إلى نقل المعرفة الفنية الادارية اللازمة لعملية التنمية في ظل غياب أو نقص مصادر التمويل الأخرى وتكمن أهمية البحث أيضاً في معرفة أطراف عقود الاستثمار وما الدور المهم الذي يلعبه كل طرف وماهي الاسباب التي تؤدي إلى حدوث منازعات بينهما.

---

[1] تعرف عقود الاستثمار بأنها عقود تبرمها الدولة أو الأجهزة القانونية لها مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، التي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد.

[2] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي الاسكندرية, 2001م، ص8.

أهداف البحث:

أهداف البحث يمكن تحديدها من خلال الاسباب الموضوعية لعقود الاستثمار المتجلية في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية وما تقدمه لأطرافها من فوائد سواء الدولة المضيفة للاستثمار لاستقطابها لرؤوس أموال جديدة تساهم في تنمية اقتصادها وزيادة عوائدها واكتساب خبرات جديدة أو بالنسبة للمستثمر الأجنبي الباحث عن أرضيات لمشاريع استثمارية جديدة لغرض ربح أكبر وكذلك التطرق لطرق وإجراءات تسوية المنازعات التي تثور بشأن تنفيذ هذه العقود.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في كيفية إيجاد وسائل معينة يستطيع من خلالها أطراف عقود الاستثمار (الدولية – المستثمر الأجنبي) تجنب المنازعات التي قد تحدث بينهم مستقبلاً خصوصاً وأن هذه العقود تبرم في الغالب بين دولة وبين مستثمر من القطاع الخاص, وهو شركة تحمل جنسية تلك الدولة أو جنسية دولة أخرى حيث أن الدولة المضيفة للاستثمار تتمتع بمركز سيادي يجعلها أقوى من المستثمر مما يؤدي إلى محاولة هذه الدول من ممارسة سلطاتها وامتيازاتها على مرافقها العامة لغرض تحقيق الصالح العام للمجتمع في حين نجد أن المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة , لا يتمتع بأي مركز سيادي بالرغم من قوته الاقتصادية ,لذا فإن من الضروري البحث عن وسائل تضمن للمستثمر عدم تأثيره بأي إجراء انفرادي تتخذه الدولة المضيفة للاستثمار.

ويثير البحث عدة تساؤلات نفردها على النحو التالي: -

1. هل هناك معوقات وعراقيل يواجهها المستثمر الاجنبي من ناحية قانونية؟
2. في حالة وجدت هذه المعوقات ماهي الحلول الناجعة لذلك؟
3. هل التشريعات والنصوص القانونية السارية في الاتفاقيات الدولية كفيلة بتشجيع الاستثمار الاجنبي من الناحية الشكلية الموضوعية؟
4. كيف يتم تجنب حدوث منازعات بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي؟

مبررات اختيار الموضوع:

تنطلق المبررات الاختيار الموضوع في رغبة الباحث في الاسهام في الوصول إلى رأي قانوني اقتصادي حاسم في موضوع ذو أهمية يحظي بأهتمام الكثير من الباحثين والمتابعين وذوي المصلحة في تبيان الأطراف المتنازعة حول عقود الاستثمار في القانون الداخلي ولابد من تبيانه وأيضاحه وتبيان أهم الاجراءات التي تتبعها الدول مع المستثمرين الاجانب لتجنب منازعات الاستثمار.

منهج البحث

ركزت الدراسة على المنهج الوصفي في عرضنا لموضوع الأطراف المتنازعة حول عقود الاستثمار في القانون الداخلي مع الأخذ بالمنهج الوصفي التحليلي الذي يهدف لجمع الحقائق والبيانات الظاهرة أو موقف معين مع محاولة تفسير وايضاح هذه الحقائق تفسيراً كاملاً والبحث حول عقود الاستثمار وأيضاً البحث كيف يمكن تجنب المنازعات بين هؤلاء الأطراف.

الأطار النظري للبحث:

تم اعتماد التقسيم الثنائي في هذا البحث وعرضه لموضوعة في مطلبين خصصت المطلب الأول تناولت فيه الدولة كطرف في عقود الاستثمار وفي المطلب الثاني المستثمر الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار مع ايضاح إذا كان هذا الشخص المستثمر شخص طبيعي أو معنوي وفي الخاتمة له ضمنت النتائج والتوصيات المستخلصة من هذا البحث.

المطلب الأول

الدولة كطرف في عقود الاستثمار

تقدم الدولة في سعيها إلى تحقيق تنميتها الاقتصادية العديد من العقود اللازمة لذلك مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجتها إلى تنفيذ خططها الاقتصادية، وعندما تبرم الدولة هذه العقود غالبًا ما تبرمها بطريق مباشر عن طريق رئيس الدولة، أو رئيس الوزراء أو أحد الوزراء أو أن تبرمها بطريقة غير مباشرة بواسطة

إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة التابعة لها مع انصراف الآثار القانونية المترتبة على التعاقد إليها[3]، طالما أن هذه الأجهزة أو المؤسسات تتولى على عاتقها مهمة تنفيذ السياسة العامة للدولة بصرف النظر عن تمتعها أو عدم تمتعها بالشخصية القانونية المستقلة[4].

ولما كان ذلك ومن المتفق عليه أنه في حالة قيام الدولة بإبرام عقود الاستثمار بشكل مباشر عن طريق الحكومة لا يثير ذلك أي صعوبة، حيث أن الدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي العام لها الحق في أن تبرم مثل هذه العقود[5].

بينما تثأر الصعوبة عندما يكون الطرف الأول في إبرام عقد الاستثمار مؤسسة أو هيئة عامة تتمتع بشخصية معنوية وذمة مالية مستقلة عن الدولة، ولكن في ذات الوقت توجد علاقة تبعية بينها وبين الدولة[6]، فهل تعتبر الدولة طرفًا في عقد الاستثمار وما هو المعيار الذي يمكن بواسطته اعتبار الدولة طرفًا في عقد الاستثمار الذي تبرمه الهيئات والمؤسسات العامة؟

وبالرجوع إلى الفقه والقضاء نجد أن هناك معياريين أساسيين يمكن اللجوء إليهما لتحديد آثار العقد الذي تبرمه هيئة عامة أو مؤسسة تابعة للدولة، وبناء على ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول المعيار القانوني، والثاني نتناول فيه المعيار الاقتصادي.

الفرع الأول: المعيار القانوني.

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي.

الفرع الأول

المعيار القانوني

يعتمد هذا المعيار بالأساس على الفكرة المادية للتوقيع، واستقلالية المؤسسة أو الهيئة، باعتبار أن عقد الاستثمار المبرم من قبل المؤسسة، أو الهيئة التي تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة، فيجب أن تتحمل المسؤولية الكاملة لتعاقدها دون أن تمتد هذه المسؤولية إلى الدولة[7]، ولا تعد الدولة ذاتها طرفًا في العقد طالما أبرم من قبل مؤسسات تتمتع بذمة مالية وشخصية قانونية مستقلة عن الدولة[8].

ولعل الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية تبني هذا المعيار لتحديد تبعية الأجهزة للدولة، حيث قضت بإلغاء الحكم القضائي المطعون فيه، لصدوره من جانب الحكومة المصرية على أساس أن مصر لم تجر في اتفاقياتها على قبول شرط التحكيم لغرفة التجارة الدولية[9]، فضلًا عن توقيع وزير السياحة المصري على عقد بين المستثمر الأجنبي وإحدى هيئات القطاع العام في ذيل العقد بعد وضعه (عبارة نظر، ويعتمد) لا تجعل من الحكومة المصرية طرفًا في العقد، إذ أن هذا الاعتماد لا يفيد اتجاه نية الحكومة المصرية إلى أن تكون طرفًا في العقد وإنما يعتبر نوعًا من الوصاية أو الرقابة التي تمارسها الحكومة المصرية على الأنشطة التي تتم في المناطق التاريخية والأثرية[10].

---

[3] د. هشام خالد، عقد الاجنبي، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية, 1988م، ص25.

[4] د. عصام الدين القصبي، التحكيم في منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص18.

[5] د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمارات في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة الأولي , 2006م، ص69.

[6] فقد أنشأت العديد من الدول المنتجة للبترول شركات وطنية تتولى إبرام عقود البترول مع الشركات الأجنبية فعلى سبيل المثال، منها الشركة "NIOC" الشركة الوطنية الإيرانية للبترول، "INOC" الوطنية العراقية للنفط، "إنوك والشركة الإندونيسية" برمينا "SONATRACH" والشركة الجزائرية سوناطراك وغيرها، د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص25.

[7] د. سلامة فارس عزب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص99-100.

[8] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، مرجع سابق، ص 45.

[9] د. محمود السيد عمر الحيوي، اركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، 2008، الاسكندرية، ص 160.

[10] نقض فرنسي 1987/1/6 مشار اليه في د. مصطفي احمد الجمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج1، الطبعة الاولي، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1998، ص 450

ويبدو أن هذا المعيار إلى حد ما يسعى لتحقيق نوع من الاستقرار القانوني في العلاقة العقدية وتحديد المركز القانوني لأطراف العقد، وبالأحرى يستطيع كل طرفي العقد ابتداء تحديد الطرف الملتزم بتنفيذ العقد ونحوه[11].

ورغم ذلك انتقد هذا المعيار من جانب الفقه على أساس أن الاعتماد على هذا المعيار من شأنه أن يؤدى إلى نفي الصفة الدولية للعقد إذا أبرم بواسطة هيئة تابعة للدولة لا يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة بالرغم من كونها لم تبرم العقد لحسابها أو لتحقيق أهداف الدولة الاقتصادية[12].

فضلًا على أنه يؤدي إلى تقليل الأمان والضمان للمستثمر الأجنبي وعدم توفير الحماية اللأزمة له، وذلك لأن الدولة لا تتحمل أية مسؤولية تجاه المستثمر الأجنبي طالما أن العقد وقع بواسطة الهيئة أو المؤسسة، وفي الأصل أن الدولة تلعب دورًا بارزًا في إبرام عقود الاستثمار[13] وهذا ما يؤدي إلى تقليل رغبة المستثمر الأجنبي في استثمار أمواله في تلك الدول التي تبنى هذا المعيار، وبالأحرى لا يعتبر ضمانًا لجذب الاستثمار الأجنبية.

وفي جانب أخر قد تكون هذه المسألة مسارًا تلجأ إليه الدولة للتخلص من المسؤولية حيث أنها ليست إلا وسيلة فنية من خلالها تنظم الدولة إدارة مرافقهما بشكل أفضل، ومن غير منطقي أن يكون هذا الوضع المتعلق بالتنظيم الفني للمرافق العامة في دولة ما سبب في حرمان هذه الدولة من حصانتها المقررة لها وفقًا لمبادئ القانون الدولي العام[14].

كما لا يسمح للدولة بالاحتجاج بحصانة الجهات والأجهزة التابعة لها أو استقلالها، وفقا لموقفها من النظام الدستوري الوطني، مع أن هذا المبدأ مستقر في القانون الدولي[15]، فقد حكم في قضية Revere Copper V. olpic، بأن التعهدات التي تعهدت بها الإدارة للمستثمر الأجنبي ملزمة للدولة وفقًا للقانون الدولي، بغض النظر عن سلطة البرلمان، وأي سلطة أخرى يحق لها-وفقًا للدستور-أن تلغى هذه التعهدات أو تبطلها[16].

الفرع الثاني

المعيار الاقتصادي

يعتمد هذا المعيار على تحديد مفهوم الطرف في العقد على الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تمارسه الدولة من جراء العقود التي تبرمها المؤسسات والهيئات التابعة لها، بمعنى أن مجرد تمتع الهيئات والمؤسسات العامة بالشخصية القانونية يجب أن لا يحول دون القول بأنها تمثل الدولة على المستوى القانوني، طالما أن الهيئة أو المؤسسة العامة التي أبرمت العقد وقعت عليه ماديًا تقوم بتطبيق وتنفيذ سياسات مرسومة سلفًا من قبل الدولة التي تنتمى إليها وتمثل مصالحها العامة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية على الرغم من تمتعها بالشخصية المستقلة عن الدولة إلا أن هذه المؤسسات أو الهيئات العامة في حالة تبعية الدولة تمارس الأخيرة عليها سلطة الرقابة والأشراف والتوجيه سواء فيما يتعلق برأس مالها أو إدارتها أو بالأعمال التي تقوم بها، حيث يصعب فصلها عن الدولة في هذا الحالات[17]. وذلك استنادًا إلى الرابطة الاقتصادية المتينة التي تربط بين الدولة، وتلك المؤسسات والهيئات العامة على الرغم من أن هذه الأخيرة تتمتع بالاستقلال القانوني كما أوضحنا سلفًا.

---

[11] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، مرجع سابق، ص 45.

[12] د. مصلح أحمد الطراونة، اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبية وفقًا لاتفاقية واشنطن (ICSID)، مرجع سابق، ص1470.

[13] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص71.

[14] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية مرجع سابق، ص45.

[15] د. هبة محمد محمد عبد المنعم، التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية تطبيق على عقود الاستثمار، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012، ص282.

[16] د. هفال صديق إسماعيل، التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، منشاءه، المعارف للنشر، الإسكندرية, 2016م، ص60.

[17] د. عقيل كريم زغير، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي، دراسة مقارنة، دار الفكر القانوني، طبعة الأولي, 2005م، ص135.

وتتجسد تلك الرابطة من خلال عدة من العناصر سواء فيما يتعلق بطبيعة النشاط الذي تؤديه تلك المؤسسات أوفي تكوينها[18]، والرقابة التي تمارسها عليها الدولة، بمعنى أن هذا المعيار مركب فهو مزيج من ثلاث عناصر، ولابد من توافرها معًا لكي يتحقق هذا المعيار.

1-عنصر الأعضاء والشركاء:

يتحقق هذا العنصر عند توافر مجموعة من الضوابط، ومنها الهيكل المؤسس للهيئة والنظام القانوني لتأسيسها، وذلك من حيث كيفية تأسيسها وإدارتها ومدى توجيهها أو الأشراف عليها من قبل الدولة[19]، بالإضافة للضوابط المتعلقة بمصادر تمويلها من الناحية المالية، وذلك استنادًا إلى القاعدة أن من يملك راس المال يملك السلطة وإصدار القرار[20] ومن ذلك يتبين أنها ستصبح طرفًا في النزاع مع المستثمر الأجنبي وقد نصت المادة "4" من اتفاقية مسؤولية الدولة عن الأعمال غير المشروعة التي أعدتها لجنة القانون الدولي لسنة 2001 على أن "سلوك أجهزة الدولة: 1- يعتبر سلوك أي جهاز من أجهزة الدولة عملًا صادرًا عن هذه الأخيرة بموجب القانون الدولي، سواء أكان الجهاز يمارس وظيفة تشريعية أو تنفيذية أو قضائية أو أية وظيفة أخرى، أيا كان المركز الذى يشغله في تنظيم الدولة، وأيًا كان طابعه، كجهاز من أجهزة الحكومة المركزية، أو وحدة إقليمية في الدولة. 2-ويشمل الجهاز أي شخص أو كيان يتمتع بهذه الصفات وفقًا للقانون الداخلي للدولة".

2-عنصر النشاط الوظيفي:

يتمثل هذا العنصر في ممارسة الهيئة أو المؤسسة لنشاطه الوظيفي، حيث أن أثار عقود الاستثمار المبرمة من قبل هيئات الدولة مع المستثمر الأجنبي تمتد إلى إن كانت تلك الهيئة مفوضة بالقيام بذلك الأمر من قبل الدولة[21].

وهذا ما أكدته المادة "5" من اتفاقية مسؤولية الدولة عن الأعمال غير المشروعة حيث نصت على أن "سلوك أي شخص، أو كيان ليس جهازًا من أجهزة الدولة بموجب المادة (1) والمخول لتلك الدولة بممارسة عناصر من السلطة العامة يعتبر عملًا من أعمال الدولة بموجب القانون الدولي، شرط أن يتصرف الشخص أو الكيان بهذه الصفة في حالة معينة".

وبناءً على ذلك، أن عقود الاستثمار المبرمة من قبل هيئات الدولة تمتد أثارها إلى الدول بموجب المادة (5)، ويلزم تحقق شرطين أساسين مجتمعان معًا[22]، الأول: وجود كيان أو هيئة مفوضة لممارسة وظائف حكومية، بحيث يلزم الحكومة أن تقوم بمنح تلك الهيئة بعض اختصاصاتها، والثاني: أن تقوم تلك الهيئة أو الكيان بإبرام عقود الاستثمار مع المستثمر الأجنبي بنفسها ضمن إطار الوظائف الحكومية العامة المفوضة بها.

3-عنصر الرقابة والأشراف:

يستند هذا المعيار على درجة الرقابة والأشراف التي تمارسها الدولة على الهيئة من خلال توجيهها والأشراف عليها[23]، بحيث تتحقق تبعية الهيئات للدولة إذا تصرفت وفقًا لتوجيهاتها وتحت إشرافها، فإن نسبة تصرف هيئة أو كيان مالي إلى الدولة يتطلب الرقابة العامة للدولة على تلك الهيئة أو الكيان، وبالتحديد رقابتها على أعمالها.

---

[18] د. مصلح احمد الطراونة، اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الاجنبي وفقا لاتفاقية واشنطن ICSID مرجع سابق، ص 1471، د. هفال صديق اسماعيل، التحكيم في منازعات الاستثمار الاجنبي، مرجع سابق، ص 60

[19] لما أحمد كويان، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت 2008، ص27-28.

[20] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مرجع سابق، ص68.

[21] لما أحمد كويان، التحكيم في عقود الاستثمار، مرجع سابق، ص28.

[22] مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي، الجزء1، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار وائل، الطبعة الأولى، عمان 2013، ص46.

[23] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية والمعاملة الدولية للأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص51.

وهذا ما أكدت عليه المادة (8) من اتفاقية لجنة القانون الدولي التي تنص على أن "التصرفات التي يتم القيام بها بناء على توجيهات الدولة، أو تحت الرقابة يعتبر فعلًا صادرًا عن الدولة بمقتضى القانون الدولي، إذا كان الشخص أو مجموعة الأشخاص يتصرفون في الواقع بناء على تعليمات تلك الدولة أو بتوجيهات منها أو تحت رقابتها لدى القيام بذلك التصرف" وبناءً على ذلك يمكن اعتبار أن مجرد توقيع جهة حكومية على عقد بين مستثمر وإحدى هيئات الدولة من شأنه إضفاء الطرف على الجهة الحكومية، ذلك أن التوقيع في مثل هذه الحالة، إنما تمليه اعتبارات المصلحة العامة، والتي تقتضى قيام الحكومة بالتوقيع على مثل هذه لعقود من منطق مباشرة سلطة الرقابة عليها[24].

ويبدو أن المعيار الاقتصادي هو معيار مرن وأكثر دقة من المعيار القانوني، وذلك لأن الأخذ بهذا المعيار يوسع نطاق الضمان والائتمان للمستثمر الأجنبي باللجوء إلى التحكيم بالإضافة كون هذا المعيار يتسم بطبيعة مركبة، ويسعى إلى الإحاطة بأكثر من عنصر بهدف تحقيق التبعية ليمتد أثر العقد المبرم من قبل هيئة أو كيان إلى الدولة، وبالاستناد على هذا المعيار يتسنى للمستثمر الأجنبي الرجوع على الدولة حال نشوب نزاع بينه وبين المؤسسة أو الهيئة التابعة للدولة[25].

إضافة إلى ذلك فإن الدولة هي التي انشأت أو أسست هذه المؤسسات أو الهيئات ومنحتها الشخصية المستقلة والهدف من وراءها الاستفادة منها وتحقيق عائد اقتصادي لعقود الاستثمار المبرمة بواسطة تلك الهيئات[26].

مما سبق يمكن القول اننا نرجح المعيار الاقتصادي في تحديد الاطراف في عقود الاستثمار التي تبرمها المؤسسات والهيئة العامة، لأن الأخذ بهذا المعيار يعبر عن حقيقة الواقع الاقتصادي الذي ينشئه العقد.

المطلب الثاني

المستثمر الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار

لعل أول ما يتبادر إلى الذهن في إطار هذا النوع من العقود من هو الطرف الأجنبي وما هو معيار أجنبية؟ وهل هو شخص طبيعي أم اعتباري؟ أم من الممكن أن يكون كلاهما؟ وهل أن كل عقد تبرمه الدولة بصفتها طرفًا في هذه العلاقة التعاقدية مع الشخص الطبيعي الأجنبي هو عقد استثمار؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا المطلب.

ان المستثمر الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار هو الشخص التابع لدولة أخرى، ومن المستقر عليه أن هذا المستثمر الأجنبي قد يكون شخصًا طبيعيًا أو اعتباريًا فقد اشترطت اتفاقية واشنطن لعام 1965 لانعقاد الاختصاص للمركز أن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمرًا أجنبيًا منتميًا لدولة أجنبية أخرى طرفاً في الاتفاقية ويستوي في ذلك أن يكون المستثمر شخصًا طبيعيًا أو اعتباريًا. فنصت المادة 2/25 منها على أنه يقصد بعبارة (أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى) ما يلي:

- كل شخص طبيعي يحمل جنسية أحد الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع.
- كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع.

وكذلك مشروع اتفاقية الاستثمار المتعددة الأطراف (MAI) والذي أعدته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) الذي عرف المستثمر بأنه "ليس فقط هو المتمتع بجنسية دولة متعاقدة ولكنه أيضًا من المقيمين بصفة قانونية دائمة على أراضي دولة موقعة، وهو أي شخص حقيقي أو اعتباري حتى وأن كان النشاط الذي يقوم به ليس لأغراض الربح.

مما سبق يتضح أن المستثمر الأجنبي كطرف ثانٍ في عقد الاستثمار هو الشخص الخاص التابع لدولة أخرى سواء أكان اعتباريًا أو طبيعيًا.

---

[24] د. بلال عبد اللطيف بدوي، اتفاقيات التعاون وأثرها على امتداد شرط التحكيم: بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث قانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2014، ص51.

[25] د. بلال عبد المطلب بدوي، اتفاقيات التعاون وأثرها على امتداد شرط التحكيم، مرجع سابق، ص51.

[26] د. محي الدين إسماعيل علم الدين، أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002، ص48.

وبناءً على ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين متتاليين -الأول: نتعرض للمستثمر الأجنبي كشخص طبيعي، والثاني: نتناول فيه المستثمر الأجنبي كشخص معنوي.

الفرع الأول: المستثمر الأجنبي شخص طبيعي.

الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي شخص معنوي.

الفرع الأول

المستثمر الأجنبي شخص طبيعي

من النادر جدًا أن يكون المستثمر الأجنبي شخصًا طبيعيًا، والسبب في ذلك يعود إلى طبيعة عقود الاستثمار التي تتطلب رأس مال كبير بالإضافة إلى الخبرات القيمة الواسعة وهذه الإمكانيات بالطبع تتوافر في أغلب الشركات التجارية[27]، إلا أن هذا لا يمنع من أن يكون المستثمر شخصًا طبيعيًا، ولا يؤثر في طبيعة عقد الاستثمار، مادام هدف العقد هو تحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة للدولة المضيفة[28].

ومما يبرهن ذلك كثير من القضايا التي عرضت على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ومنها قضية ICSID CASE NO ARB 2008/10/5، المشهورة حيث كان أحد أطرفها مستثمر أجنبي شخص طبيعي وهو السيد وجيه إيلي جورج سياج والسيدة كلوريا فيشى، والمدعى عليها جمهورية مصر العربية، كذلك قضية (GHAITH R. PHAROAON V.REPUBLIC OF TUUNISIA CQSE NO .ARB/86/1)المطروحة أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث كان أحد أطرافها شخصًا طبيعيًا[29]، ونلاحظ أن التشريعات الداخلية-خاصة قوانين الاستثمار-في بعض الدول أتبعت معيار الجنسية لتحديد الوصف القانوني للمستثمر إذا كان شخصيًا طبيعيًا باعتبار أن الضابط أو المعيار المتبع في القانون الدولي الخاص في إضفاء الصفة الأجنبية لشخص طبيعي ما يتم بطريقة سلبية، بحيث تقتصر تشريعات الجنسية عادة على تحديد من هو الوطني دون أن تعنى بتحديد من هو الأجنبي، فالأجنبي وفق المفهوم المخالف لذلك سيكون من لا يحمل الجنسية الوطنية[30].

ونلاحظ أن المشرع المصري قد حدد الصفة الأجنبية لأي شخص لا يتمتع بجنسية الجمهورية المصرية، وذلك وفقًا للمادة الأولى من القانون رقم (89) لسنة 1960 في شأن دخول وإقامة الأجانب في مصر. وفي إطار الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الدولية[31] يعتبر "مستثمرًا" وفقًا لهذه الاتفاقيات كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم باستثمار في إقليم الطرف المتعاقد الأخر، وقد كرست كثير من هذه الاتفاقيات معيار الجنسية لتحديد مفهوم "المستثمر الأجنبي، ومنها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة

---

[27] د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص30.

[28] د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص27.

د. هفا صديق إسماعيل، التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص69.

[29] https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Cases/pages/Advanced-serch.aspx.

ناهيك من الدعاوى الأخرى المقامة من قبل أشخاص طبيعية كالقضية رقم ARB/2/9 المعروفة بقضية Champion Trading Company International, Inc ضد جمهورية مصر العربية، والتي كان من بين المدعيين فيها أشخاص طبيعيين هم John T. Wahba, James B. Wahba, Timonthy T. Wahba وأيضًا القضية رقم ARB /99/7 المرفوعة من السيد Patrick Mitchel ضد الكونغو. مشار إليه في. د. هفا صديق إسماعيل، التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق ص69.

[30] د. عبد المنعم زمزم، مركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري، المقارن، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2005، ص12، كذلك، د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، د. حفيظة السيد حداد، الجنسية ومركز الأجانب، دارسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص473.

[31] تتمثل الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع الاستثمارات دورًا هامًا في توطيد العلاقة القانونية بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، ومن خلالها عملت على تحديد مفهوم المستثمر الأجنبي لما تحمله هذه الصفة من التمتع بالحماية من الناحية الإجرائية، بحيث تتمثل بتحديد اختصاص الجهة المتمثلة عادة المركز الدولي المتخصص بتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية، فلا ينهض اختصاص المركز بالنظر في الدعاوى المقدمة من أطراف النزاع دون تحقق شروط معينة ومنها شرط شخصي rationed personae وبمقتضاه، يجب أن يكون النزاع بين دولة متعاقدة ومواطن دولة متعاقدة أخرى . مشار إليه في د. هفا صديق إسماعيل التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص72.

الثانية من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة العراق وحكومة الجمهورية الفرنسية[32] 2010، على أنه يعنى تعبير "المستثمر":

أ. الشخص الطبيعي الذي يحمل جنسية أي من الطرفين المتعاقدين.

ب. الشخص الاعتباري.

ب-1-بالنسبة لجمهورية العراق، الذي يملك الجنسية العراقية، وفقًا لتشريعات جمهورية العراق.

ب-2-بالنسبة للجمهورية الفرنسية، المكون على أراضي الجمهورية الفرنسية أو في منطقتها البحرية وفقًا للتشريعات الفرنسية والقائم فيها مركزه الرئيسي.

ولأغراض هذه المادة، يشمل الأشخاص المعنويون الشركات، وكذلك المنظمات التي لا تهدف إلى الربح المتمتعة بالشخصية القانونية.

أيضًا نصت المادة الثانية من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة اليابان الموقع عليها في تاريخ 2012/6/7[33]، على أنه يعنى مصطلح مستثمر تابع لطرف متعاقد":

أ. شخص طبيعي يحمل جنسية ذلك الطرف المتعاقد طبقًا لقوانينه وأنظمته النافذة.

ب. شخص معنوي لذلك الطرف المتعاقد.

والذي يسعى للاستثمار، أو يستثمر حاليًا أو قد يستثمر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر.

3-يعني مصطلح "شخص معنوي" لطرف متعاقد أي كيان أنشئ أو نظم وفق القوانين والأنظمة النافذة لذلك الطرف المتعاقد سواء تحقيق ربح أم لا، وسواء كان قطاعًا خاصًا أو عامًا مملوكًا للحكومة وتحت سيطرتها، بالإضافة إلى أية مؤسسة عامة أو أمانة أو شركة تضامن أو شركة الفرد أو فرع أو مشروع مشترك أو أتحاد أو منظمة أو شركة.

ونصت المادة (1) فقرة (3) من الاتفاقية المبرمة بين سلطة عمان وجمهورية مصر العربية على أن تعبير "مستثمر" يعني:

أ. الأشخاص الطبيعيين من جنسية أحد الطرفين المتعاقدين بموجب قوانينه ويقوم باستثمار في إقليم الطرف المتعاقد الآخر".

ومن خلال نصوص الاتفاقيات السابقة يتبين أن أغلبية الاتفاقيات الثنائية اعتمدت بصورة أساسية على معيار "الجنسية" لتحديد صفة "المستثمر الأجنبي"، كما أن الاعتبارات التي تدخل في تحديد المستثمر الشخص الطبيعي تبدو بسيطة نسبيًا، وتقوم بحسب الاتفاقيات الثنائية على مجموعة من الروابط القانونية التي يتم تنظيمها وفقًا للقوانين الداخلية للأطراف المتعاقدة[34].

وفي حين أن هناك قوانين دول أخرى تعتمد على معيار الإقامة لتحديد الصفة الأجنبية للمستثمر كقانون الاستثمار الفرنسي، وكذلك قانون الاستثمار في يوغسلافيا[35]، حيث لا يعتمد على عنصر الجنسية كمعيار لتحديد المستثمر الأجنبي، ووفقًا لذلك يكون المستثمر أجنبيًا إذا كان غير مقيم في الدولة التي يحمل جنسيتها[36].

---

[32] تم التصديق عليها وفق قرار رقم (24) بتاريخ 2012/4/4 المنشور في جريدة الوقائع العراقية–العدد 4241 المنشور بتاريخ 2012/6/4.

[33] تم التصديق عليها في القرار رقم (34) لسنة 2013، المنشور في جريدة الوقائع العراقية–العدد 4296 بتاريخ 2013/11/4.

[34] Farhat Al Hair Shani, Manual on I lateral Investment Treaties, E/ Escwa EDGD/ 2011/ Manual. 1, p49. 6 July. http://bit.escwa.org.ib/manual-on-Bilateral- Investment- Treaties.aspx.

[35] حيث يعتبر المواطن اليوغسلافي مستثمرًا أجنبيًا إذا كان يقيم خارج يوغسلافيا بصورة دائمة أو حتى بصورة مؤقتة، ولكن لمدة أكثر من سنة، راجع المادة (2) فقرة (3) من قانون الاستثمار اليوغسلافي رقم (3) 2002.

[36] د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الاجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان, 2006م، ص 17.

- وتجدر الاشارة الي ان مشروع اتفاقية الاستثمار متعددة الاطراف (MAI) المعدة من قبل منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) اعتمدت بشكل ثانوي على معيار الاقامة علي حيث حدد المستثمر الاجنبي بأنه (ليس فقط من هو المتمتع بجنسية دولة متعاقدة، ولكن ايضا من المقيمين بصفة قانونية دائمة، على اراضي دولة موقعة، وهو اي شخص حقيقي او اعتباري حتى وان كان النشاط يقوم به ليس لأغراض الربح.

وهناك بعض من الاتفاقيات الثنائية تعتمد على معيار الإقامة المستمرة لتحديد صفة الأجنبي، ولعل السبب في ذلك يعود إلى تشجيع استثمارات مواطني الدولة المضيفة المقيمين خارج بلادهم، وبالأحرى رجال الأعمال المهاجرين في البلدان الغربية[37].

ويبدو أن الاعتماد على هذا المعيار لتحديد صفة المستثمر الأجنبي إن كان يفيد المستثمر في التمتع بالمزايا والإعفاءات. إلا أنه يعتبر دون جدوى في النزاع الذي يقتضي عادة ألا يكون المستثمر طرف النزاع من حاملي جنسية الدولة المضيفة[38].

ومن الاتفاقيات التي أخذت بمعيار الإقامة نذكر منها على سبيل المثال الاتفاقية الثنائية بين حكومة المملكة الأردنية وحكومة الجمهورية التونسية لتشجيع وحماية الاستثمارات الموقعة في 1997/4/27[39]، وكذلك اتفاقية ترويج وحماية الاستثمارات بين حكومة المملكة الأردنية وحكومة الجمهورية اليمنية في 1995/6/18[40]، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى منها على أنه تعنى كلمة "مستثمر":

ب. أي شخص طبيعي، حاصل على جنسية طرف متعاقد، أو أقامه دائمة فيه وفق قوانينه والأنظمة الصادرة بموجبها.

وقد اشترطت اتفاقية واشنطن لعام 1965 لانعقاد اختصاص المركز أن يكون الطرف المتعاقد مع الدولة المضيفة مستثمرًا أجنبيا منتميًا لدولة أجنبية أخرى طرف في الاتفاقية ويستوي في ذلك أن يكون هذا المستثمر شخصاً طبيعيًا أو اعتباريًا، فنصت المادة (2/25) منها على أنه يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي[41]:

أ- كل شخص طبيعي يحمل جنسية أحد الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع.

ب- كل شخص معنوي يحمل جنسية أحد الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع.

وبناء على ذلك، ولكي يعتبر المستثمر الأجنبي الشخص الطبيعي أجنبيًا بالنسبة للدولة المضيفة وفقًا لاتفاقية واشنطن لابد أن يتمتع بالجنسية الأجنبية، فالغرض من تطلب الاتفاقية ضرورة توافر الجنسية موضع المستثمر من التلاعب بالتخلي عن الجنسية الأصلية من أجل اكتساب جنسية أجنبية، ومن ثم يزعم بتوافر شرط أجنبية المستثمر عند حدوث النزاع، فاشترط النص إلى جانب ذلك أن يكون المستثمر أجنبيًا، أذ لو كان متعدد الجنسية يحمل جنسية الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع وجنسيته دولة أخرى متعاقدة فلا ينهض اختصاص المركز في هذه الحالة[42] أما في حالة لم يكن من بين جنسياته جنسية الدولة المضيفة الطرف في النزاع فتكون الدولة مختصة في هذه الحالة بشرط أن تكون إحدى جنسياته تعود للدولة الطرف في الاتفاقية (اتفاقية لأكسيد) [43].

ويلاحظ على ما سبق أن جنسية[44] المستثمر الأجنبي شرط لتحديد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ويرتكز ذلك على الشرط السلبي للجنسية، بمعنى أن لا يتمتع المستثمر بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار.

---

[37] د. بالممعن زمزم، مركز الاجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، مرجع سابق، ص19-20.

[38] د. هفا صديق إسماعيل، التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص 75.

[39] نص الاتفاقية متاح على الموقع الإلكتروني

http://investmentpolicyhub.unctad.org/Dorwnload/Treaty File/1768.

[40] نص الاتفاقية متاح على الموقع الإلكتروني

http://bit.escwa.org IBM/uploaded-files/workshops/cement-officials-/November 2013/ Agreements- y 1113/ Yemen- Jordon- Agreement. Asp.

[41] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص112/ 113.

[42] د. هفال صديق إسماعيل، التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص77.

[43] د. هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2002، ص286.

[44] تجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية تخلو من تعريف الجنسية مما أعطى كل دولة السلطة لتحديد ما إذا كان المستثمر يحمل جنسيتها أم لا، هذا ما أكد عليه القرار الصادر من الأكسيد الخاص بشركة جنوب أفريقيا للأسمنت الصناعي ضد السنغال.

SOABI Societe Ouest A fricaine des Betons Industriels.

ويثور التساؤل هنا وفقًا لأي معيار تعتمد الاتفاقية في تحديد جنسية المستثمر وخصوصًا في حالة تعدد الجنسية[45]، وقد تثور الصعوبة أكثر في حالة ازدواجية جنسية المستثمر الأجنبي ومن ضمنها تكون جنسية الدولة المضيفة للاستثمار، ففي هذا الحالة يستوجب الأمر التفرقة بين ما إذا كان المستثمر الأجنبي شخصًا طبيعيًا أم اعتباريًا "معنويًا"، ففي حالة كونه شخصًا طبيعيًا، فلا يجوز له أن يكون طرفًا في النزاع للنظر أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية[46].

أما بالنسبة للشخص المعنوي فيجوز ذلك، ولكن بشروط معينة، وهذا ما سنبينه ضمن البحث عن الشخص المعنوي في الفرع الثاني من هذا المطلب.

مما سبق يتضح أن المعيار المعتمد عليه في تحديد أجنبية المستثمر بالنسبة للدولة المضيفة يكون الاعتماد على معيار الجنسية، بيد أن نصوص الاتفاقية تخلو من أي نص يشير إلى تعريف الجنسية، وتحديد المعيار الموضوعي التي يمكن بواسطته تحديد الجنسية.

ويرجح البعض[47] السبب في ذلك إلى الطابع الاختياري لأختصاص المركز ولحرية الدولة لمضيفة[48] في تحديد الأشخاص الذين تعتبرهم مستثمرين أجانب وذلك وفقًا لقوانينها الوطنية أو قد يكون الأمر متروكًا للاتفاقيات الدولية الثنائية الخاصة بحماية تشجيع الأستثمار.

وفي ظل الاتجاه السائد في قواعد القانون الدولي أن الأمر في تحديد جنسية الشخص الطبيعي لدولة ما متروك لقوانينها الوطنية، إذ يعد ذلك من صميم اختصاصها الداخلي، استنادًا إلى تمتع الدول بالسيادة والسلطة التقديرية لمنح جنسيتها أو سحبها على أساس المعايير التي تضبطها بكل حرية[49].

مما سبق بيانه يتبين لنا بأن التشريعات الداخلية للدول غير متفقة في تحديد مفهوم المستثمر الأجنبي، أو بالأحرى عدم وجود معيار موحد يمكن بواسطته تحديد الصفة الأجنبية المستثمر الشخص الطبيعي، فمنها من تعتد بالإقامة كمعيار لتحديد الصفة الأجنبية للمستثمر، ومنها من تنظر إلى أجنبية المستثمر من خلال رأس ماله بغض النظر عن جنسية المستثمر. وعلاوة على ذلك فقد توسعت اتفاقية واشنطن في مسألة جنسية الأشخاص الطبيعيين، وذلك من خلال مد الحماية إلى الأشخاص الطبيعيين الأجانب الذين يساهمون في شركات وطنية للدولة المضيفة للاستثمار، وبمقتضى ذلك يختص المركز في الدعاوى التي يثيرها الأشخاص الطبيعيين بصفتهم تلك، ضد الدولة المضيفة.

الفرع الثاني

المستثمر الأجنبي شخص معنوي

كمبدأ عام الشركة الأجنبية كشخص معنوي تحدد صفتها الأجنبية بجنسية الدولة التي تحملها[50] وبالأحرى تضفي الصفة الأجنبية على المستثمر المعنوي بمجرد تمتعها بجنسية دولة أخرى غير الدولة المضيفة

---

[45] وفق المادة (3) من اتفاقية لاهاي سنة 1930 المتعلقة بتنازع قوانين الجنسية، إذا أكدت على أن كل شخص يحمل جنسيتين أو أكثر يمكن اعتباره مواطنا لكل دولة من الدول التي حمل جنسيتها.

[46] Such as: Champion Trading company Ameritrade International, Inc, James T. Wahba, John B. Wahba and Timothy T. Wahba V. Arab republic of Egypt, ICSID Case No. ARB 02/9, Decision on Jurisdic- tion (2004) 19 ICSID Rev- For. Inv. L. J. 275 (ICSID), 2003, Briner P, Fortier & Aynes.

[47] د. مصطلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي، مرجع سابق، ص62.

[48] وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من اتفاقية الجنسية The Hague Convention on Nation ality التي أعدها مؤتمر لاهاي لتقنيين القانون الدولي الموقعة سنة 1930: حيث نصت على أن: "تختص كل دولة بأن تحدد في قوانينها الأشخاص الدين يتمتعون بجنسيتها، وتعترف الدول الأخرى، بتلك القوانين في حدود عدم تعارضها مع الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي والمبادئ العامة المعترف بها من الدول على وجه العموم في مسائل الجنسية" د. هفال صديق إسماعيل، التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص80.

[49] Hussen Nuaman Soufraki V. The United Arab Emirates (ICSID) Case No. ARB/ 02/7/.2007.

[50] هناك جدل فقهي حول مدى تمتع الأشخاص الاعتبارية بالجنسية من عدمه، حيث أنكر بعض الفقهاء ومنهم العميد، ديكي تمتع الشخص المعنوي بحق الجنسية مستندًا في رأيه على أنه يفتقر إلى الخصائص والمقومات المتوافرة في الشخص الطبيعي، ويقولون إن ما يربط بين الشركة والدولة هو مجرد تبعية سياسية تبرر إخضاعه لقانونها وشمولها بحماية دبلوماسية، وبالمقابل لهذا الاتجاه أعترف بعض الفقهاء بحق الشخص المعنوي في التمتع بالجنسية من قبل الشخص المعنوي، غير أن الرأي الراجح والثابت حاليًا فقهًا وقضاءً أن الأشخاص المعنوية،

للاستثمار، ويثور التساؤل هنا حول المعيار المتبع لتحديد جنسية الشركة، وقد اختلفت أراء الفقهاء والقضاة وأيضًا التشريعات في الدول اختلافًا واضحًا بشأن المعيار الأصلح لتحديد جنسية الشركات[51].

فقد ذهب بعض الفقه نحو الأخذ بالمعيار الشخصي، ويعنى التحويل على جنسية الأفراد الذين يكونون الشركة، وذلك تأسيسًا على أن الشخصية الاعتبارية للشركة ليست إلا مجموعة من الأفراد تربطهم التزامات متبادلة ومنافع مشتركة[52].

غير أن هذا المعيار يصعب تطبيقه من الناحية العملية، وخصوصًا في الشركات الاستثمارية التي لها نشاطات كثيرة على الصعيد الدولي، حيث تكون أعمالها منتشرة في نطاق واسع، وقد تكون نسبة كبيرة من المساهمين في مثل هذه الشركات من شركات أخرى-خصوصًا الشركات متعددة الجنسيات مما يؤدي إلى عدم ثبات جنسية الشركة[53].

كما ذهب جانب من الفقه إلى الأخذ بضرورة الاعتماد على معيار التأسيس بحيث تتمتع الشركة بجنسية الدولة التي تمت تأسيسها فيها[54]، وذلك على أساس قانون الدولة التي تنشئ فيها الشركة التجارية هو الذي يمنحه الشخصية القانونية، وتعتبر هذا المعيار من أكثر المعايير شيوعًا في تحديد الصفة الأجنبية للمستثمر المعنوي، وذلك لأن هذا المعيار يتميز بسهولة التحديد والثبات، فضلًا على أنه يعكس مدى توسع المعاهدات الثنائية لقبول وحماية وتشجيع المستثمر المعنوي[55].

وذهب جانب آخر من الفقه إلى ضرورة الأخذ بضابط مركز الاستغلال أو النشاط التجاري، بحيث تأخذ الشركة جنسية الدولة التي بها مركز الاستغلال الرئيسي، وذلك تأسيسًا على أن مركز الأستغلال هو الذي تتجمع فيه مصالح الشركة التجارية[56].

بينما ذهب جانب من الفقه إلى الأخذ بضرورة الاستناد على جنسية الشركة في معيار مركز الإدارة الرئيسي، فالشركة التي تكون مركز إدارتها الرئيسي في أية دولة فتكون شركة من مواطني تلك الدولة[57].

بينما يعتمد البعض الآخر على معيار ملكية رأس المال المستثمر، فإذا كان رأس المال في دولة أخرى غير الدولة التي تمارس فيها رأس مالها فتكتسب الشركة المستثمرة جنسية أجنبية بالنسبة للدولة المضيفة لها، وقد أخذت الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار لعام 1971 بهذا المعيار.

وهناك بعض الدول يستندون على معيار الرقابة[58]، وبمقتضاه تتمتع الشركة بالصفة الأجنبية بمجرد خضوعها لرقابة الدولة غير الدولة التي تمارس على أراضيها نشاطها التجاري سواء أكانت هذه الرقابة من حيث الأموال المستثمرة أم من حيث الأشخاص القائمين بالأدارة وبصرف النظر عن محل إقامة مركز الإدارة الرئيسي الموجود بالإقليم الوطني[59].

ويرى البعض أن الأخذ بمعيار مركز النشاط الرئيسي هو الأكثر ملاءمة للظروف الاقتصادية للدولة النامية (الدولة المستوردة لرؤوس الأموال) [60]، بالإضافة إلى كونه يتميز بالاستقرار النسبي وبعدم التعدد،

ومن ضمنها الشركات تتمتع بالجنسية أسوة بالأشخاص الطبيعية, د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، 2000، ص734.

[51]، د. محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة الاقتصاد، العدد الأول والثاني، 1977، لسنة 47، ص260.

[52] د. أحمد عبد الحميد عشوش، د. عمر أبو بكر باخشب، أحكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص381 وما بعدها.

[53] د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية، مطبعة العشري، الطبعة الثالثة، بدون مكان نشر، 2005، ص320.

[54] د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص320

[55] Frhat Al Hirshani, op. cit, p54.

[56] د. هشام على صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص126.

[57] نصت بعض المعاهدات الثنائية على هذا المعيار، ومن أمثلة هذه الاتفاقيات الثنائية ما يلي:

[58] د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص127.

[59] تبنت هذا المعيار اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الأردن والاتحاد الكونفدرالي السويسري الموقعة في بيرن في 1976/11/11. http://www.ogreement.jedco.gov.jo/doc/swissi 01 a.html.

[60] د. فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة 1988، ص225- 230.

لأنه يجوز نقل أو تغيير مركز الإدارة الرئيسي وفقًا لقانون الدولة الموجود فيها أصلًا، بشرط عدم تعديل نظامه الأساسي وفقًا لقانون الدولة الجديدة[61].

ونجد أن هذا المعيار قد أتبع في كثير من دول أمريكا اللاتينية[62]، وكذلك أخذت به معظم التشريعات الأوروبية، ومنها ما يعززها بمعيار آخر كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي، حيث يمنح المستثمر المعنوي جنسية الدولة التي بها المركز الحقيقي الفعلي لأدارتها مع تعزيزها بفكرة الرقابة، وهذا يشير إلى أن المعيار المتبع في فرنسا معيار مزدوج من الرقابة والأشراف ومكان المقر الرئيسي، وهو ما أكدته محكمة استئناف باريس حيث قضت بأن الشركة (فرنسية يوجد مركزها الرئيس كما توجد منشأتها ومراكز نشاطها بفرنسا وهى خاضعة للقانون الفرنسي) وأيدتها محكمة النقض الفرنسية[63].

بينما أعتمد المشرع المصري في ذلك على معيار مركز الأدارة الفعلي الرئيسي أساسًا لمنح الجنسية المصرية للأشخاص المعنوية[64]، والعلة في ذلك التأكد من ارتباط الشركة بالاقتصاد المصري[65].

ومع ذلك لم يهمل المشرع المصري معيار مركز الأستغلال، حيث يطبق إذا كان النشاط الرئيسي للشركة يمارس في مصر، بصرف النظر عن وجود مركز الإدارة الرئيسي في الخارج[66] حيث نصت الفقرة (2/د) من المادة (53) من القانون المدني المصري على أن: "... الشركات التي يكون مركز إدارتها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي هو المكان الذى توجد به الإدارة المحلية"، والنص في المادة (13) الفقرة (5) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه: "ما يتعلق بالشركات الأجنبية التي لها فرع أو وكيل بجمهورية مصر العربية تسلم الإعلانات الخاصة بها إلى هذا الفرع أو الوكيل"، ونلاحظ من ذلك أن المشرع المصري قصر الدعاوى التي تقام على الشركات الأجنبية التي تزاول نشاطًا في مصر على ما تقوم به تلك الشركات من نشاط تجارى في مصر واعتبار إدارتها المحلية موطنًا لها[67].

ونصت المادة (41) من قانون التجارة على: "جميع شركات المساهمة التي تؤسس في القطر المصري يجب أن تكون مصرية، وأن يكون مركزها الأصلي بالقطر المذكور، أما بالنسبة لسائر الشركات غير المساهمة فلم يرد نص تشريعي بشأنها، فلجأت المحاكم المختصة إلى الأخذ بعدة معايير مختلفة بمعنى أنها لم تأخذ معيار واحد[68].

وبالإضافة على ذلك نصت المادة (11) من القانون المدني المصري على أنه "النظام القانوني للأشخاص الأعتبارية الأجنبية من شركات ومؤسسات وغيرها يسرى عليها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي"، وعليه إذا باشرت الشركة نشاطها الرئيسي في مصر، فإن القانون المصري هو الذي يسرى.

أما في الاتفاقيات الثنائية الدولية فهناك أتجاه سائد يجمع بين أكثر من معيار لتحديد جنسية الشخص المعنوي "المستثمر" ومنها نذكر على سبيل المثال الاتفاقية الثنائية بين حكومة جمهورية مصر العربية وحكومة البحرين بشأن تشجيع وحماية الاستثمار الموقعة في 1997/9/17م[69]، والتي دخلت حيز النفاذ في تاريخ 1999/1/21م.

---

[61] د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص230.

[62] تكون الشركة أجنبية وفق القانون الأمريكي، إذا تمت تأسيسها خارج الولايات المتحدة الأمريكية أو إذا كان نشاطها الرئيسي قائمًا على أراضي خارج الولايات المتحدة، د. هشام خالد، عقد الاستثمار الاجنبي الدولي، مرجع سابق، ص20.

[63] د. هشام خالد، مرجع سابق، ص24 وما بعدها.

[64] د. عبد المنعم زمزم، مركز الأجانب في القانون الدولي المصري، مرجع سابق، 236.

[65] د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص432.

[66] د. هفال صديق إسماعيل، التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، مركز سابق، ص91.

[67] محكمة النقض المصرية، دوائر تجارية 15807/ 80 شركات (الدعاوى المتعلقة بالشركات: إعلان الشركات) 2014/3/24.

[68] د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 335.

[69] د. هفال صديق إسماعيل، التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص92.

حيث نصت الفقرة (د) من المادة الأولى على أنه "يقصد بالمستثمر" كل شخص طبيعي أو معنوي يحمل جنسية أحد الطرفين المتعاقدين بموجب قوانينه ويقوم بالأستثمار في إقليم الطرف الأخر.

- "الشركات" تعني كل شخص معنوي قائم على إقليم أحد الطرفين المتعاقدين طبقًا لتشريعه ويكون مركزه الرئيسي في نفس الإقليم أو أن تتم إدارة هذا الشخص المعنوي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بواسطة مواطني أحد الطرفين المتعاقدين أو بواسطة أشخاص معنوية أخرى يكون مركزها الرئيسي على إقليم أحد الطرفين المتعاقدين والمقام طبقًا لتشريعه.

وكذلك الاتفاقية الجزائرية الفرنسية[70] لسنة 1991، نصت المادة الأولى في فقرتها الثالثة أن عبارة: "الشركات" تشير إلى كل شخص معنوي مشكل على إقليم أحد الطرفين المتعاقدين طبقًا لتشريع هذا الأخير، وله في نفس الإقليم مقره الاجتماعي، أو أن يكون هذا الشخص المعنوي مراقبًا بصفة مباشرة أو غير مباشرة من طرف مواطني أحد الطرفين المتعاقدين أو من طرف أشخاص معنوية لها مقرها الاجتماعي على إقليم أحد الطرفين المتعاقدين، والمشكلة طبقًا لتشريع هذه الأخيرة".

أما محكمة العدل الدولية تبنت الجمع بين المعيارين مكان التأسيس ومركز الأدارة الرئيسي، في تحديد جنسية الشركة في قضية شركة Barcelona traction حيث بمقتضاها قضت المحكمة برفض طلب الحماية المرفوع من قبل بلجيكا نيابة عن مواطنيها الذين يمتلكون أغلبية الأسهم في الشركة التي أسست في إسبانيا ضد الإجراءات المتخذة من قبل السلطات الإسبانية، على أساس مكان تأسيس الشركة ومركز إدارتها الرئيسي هو كندا"[71].

وتنص اتفاقيات أخرى على معيار دولة التأسيس بالاشتراك مع دولة مركز الشركة مع استعمال الملكية كمعيار تعويضي، وقد سلكت هذا النهج معاهدة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (MIGA) [72] حيث نصت المادة (13) منها على أنه:

أ-كل شخص طبيعي أو اعتباري يمكن قبول تمتعهم بضمانات الوكالة، بشرط:

1- أن يكون للشخص الطبيعي جنسية إحدى الدول الأعضاء غير جنسية الدولة المضيفة.
2- أن يكون الشخص الاعتباري قد تأسس طبقًا لقانون إحدى الدول الأعضاء، ويكون مقره الرئيسي في الدولة المذكورة، وأن يكون أغلبية رأس ماله مملوكًا لمواطني الدولة عضو أو دول أعضاء غير الدولة المضيفة.

أما بخصوص مركز المستثمر الأجنبي (الشخص المعنوي) في اتفاقية واشنطن فقد نصت المادة (25) منها على ما يلي:

1-يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى... الخ. ويقصد بعبارة "أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي:

- كل شخص معنوي يحمل جنسية أحد الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع.

ويبدو أن الأتفاقية اعتمدت على ضابط الجنسية كمعيار لتحديد الصفة الأجنبية للشركة، وكما يبدو أن الأتفاقية أوردت شرط الجنسية الأجنبية للشخص المعنوي بالنسبة إلى الدولة المضيفة والطرف في النزاع، ويعد هذا شرطًا مهما، وذلك لأن أختصاص المركز يقتصر بنظر منازعات الأستثمار بين الدولة المتعاقدة[73] والمستثمر الأجنبي الذي يحمل جنسية دولة أخرى متعاقدة، فضلًا عن تحقق شرط الجنسية الأجنبية لدى المستثمر الأجنبي.

---

[70] نص الاتفاقية متاح باللغة الفرنسية على الموقع الإلكتروني:

http:www.alagerianembassy.it/site-home/investissement-file/fichiers-pdf.

[71] د. هفال صديق إسماعيل، التحكيم في منازعات الاستعمار الأجنبي، مرجع سابق، ص93.

[72] تم انشاء الوكالة الدوليةلضمان الاستثمار MIGA فى عام 1988 كعضو فى مجموعة البنك الدولي بغرض تشجيع تدفق الاستثمار الاجنبي المباشر الي البلدان ذات الاقتصاديات الناشئة لمساندة النمو الاقتصادي.

[73] المقصود بكلمة المتعاقدة انضمام الدولة لاتفاقية واشنطن.

أما إذا كان هناك نزاع بين دولة ومستثمر شخص معنوي كلاهما يتمتعان بجنسية ذات الدولة الطرف في العقد ففي هذه الحالة يخرج من اختصاص المركز، وذلك لأنه بموجب القانون الدولي لا يجوز لرعايا دولة معينة مقاضاة دولتهم في محفل دولي[74].

إلا أن الدولة المضيفة عادة ما تطلب من المستثمرين الأجانب تأسيس شركة وفقًا لقوانينها الوطنية لتتمكن من مواصلة العمل وتنفيذ المشروع الاستثماري، ففي هذه الحالة الشركة المستثمرة ستصبح شخص طبيعي من أشخاص الدولة المضيفة، ومن أجل التغلب على هذه المشكلة، نصت الفقرة (2/ ب) من المادة (25) على استثناء-من المبدأ المشار إليه سابقًا- وبمقتضاها تتعامل الشركة الوطنية[75] معاملة المستثمر الأجنبي إذا كانت تخضع لرقابتها وسيطرتها بشرط أن تكون الدولة الطرف في النزاع على علم بحالتها، واتفقت على ذلك مع المستثمر الأجنبي[76].

والغرض من هذا الاستثناء-على حسب قول أحد واضعي الاتفاقية وهو Dr. Broches هو: (... أن عدم وجود هذا الاستثناء سيجعل جانب كبير ومهم من الاستثمارات الأجنبية غير خاضعة للاتفاقية، وذلك لأن الشركات التي تتم تأسيسها محليًا، شائعة من الناحية العملية، لأن المستثمر الأجنبي ملزم وفق قوانين الدولة المضيفة للاستثمار بأنشاء شركة داخل تلك الدولة لتنفيذ مشروعه الاستثماري من خلال هذه الشركة المسجلة محليًا، ففي هذه الحالة، تتطلب العدالة إعطاء المستثمر الحق في إحالة المنازعات إلى الأكسيد حتى لو كانت شركة مسجلة محليًا رغم أنه لا يحمل جنسية دولة متعاقدة مختلفة من الدولة المضيفة، إلا أن هناك اعتقاد لدى البعض بأن هذا الاستثناء يتناقض مع أحد أهم المبادئ الراسخة في القانون الدولي العام، وهو مبدأ عدم جواز مقاضاة الدولة دوليًا بواسطة أحد أشخاصها المعنويين المتمتعين بجنسيتها[77].

ومن خلال النص المعنى يمكن أن نستنتج أنها تطلب توفر عدة شروط حتى يتسنى للمستثمر ممارسة هذا الحق المنصوص عليه في الفقرة (2/ ب) من المادة (25) وهذه الشروط هي:

1- أن تكون الشركة التي تنفذ المشروع الاستثماري تتمتع بجنسية الدولة المضيفة:

ذكرنا فيما سبق بأن هناك عدة معايير لتحديد جنسية الشركات، وفيما يتعلق بهذا الشرط لابد أن تكون الشركة متمتعة بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار، وفيما يتعلق بالاستثناء الذي نحن بصدده فإن نطاق تطبيقه يلعب دوره فقط في الدول التي تتبنى معيار الرقابة لتحديد جنسية الشركة، وذلك لأن الدول التي تعتمد على معيار الرقابة ستكون الشركة العاملة فيها أجنبية، فلا يحتاج إلى تطبيق الاستثناء[78].

2- وجود أتفاق على أعتبار المستثمر أجنبيًا بالنسبة للدولة المضيفة:

لتطبيق الاستثناء الذي نحن بصدده لابد من وجود أتفاق على اعتبار الشركة الوطنية شركة أجنبية سواء أكان هذا الاتفاق تم بصورة مباشرة بين الدولة المضيفة والمستثمر ضمن عقد الاستثمار المبرم بينهما، أم من خلال الاتفاقيات الدولية بين الدولة المضيفة للأستثمار ودولة التي ينتمي إليها المستثمر، وذلك من خلال نص الاتفاقية الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار[79].

---

[74] د. عبد المنعم زمزم، مركز الأجانب في القانون الدولي والمصري المقارن، مرجع سابق، ص145.

[75] تجدر الإشارة إلى أن هذا الاستثناء لا يسرى على المستثمرين من الأشخاص الطبيعية.

[76] نصت الفقرة الثانية من المادة (25) من اتفاقية الأكسيد على أن "مواطن دولة متعاقدة أخرى" يعني:

[77] د. هفال صديق إسماعيل، التحكيم في منازعات الاستثمارات الأجنبي، مرجع سابق، ص98.

[78] د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص211.

[79] نذكر على سبيل المثال اتفاقية بين حكومة المملكة الأردنية وحكومة دولة الكويت للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات سنة 2001، نصت الفقرة (8) من المادة (9) على هذا الاتفاق (المستثمر خلاف الشخص الطبيعي، الذى يحمل جنسية دولة متعاقدة الطرف بالنزاع من تاريخ الموافقة الكتابية المشار اليها في الفقرة (6) والذى كان يهيمن عليه، قبل نشوء النزاع بينه وبين تلك الدول المتعاقدة مستثمرون تابعون للدولة المتعاقدة الأخرى، يعامل ولأغراض المادة (2/25/ ب) من اتفاقية واشنطن كمواطن تابع لدولة متعاقدة أخرى ولغرض المادة (6/1) من قواعد التسهيلات (الإضافية كمواطن تابع لدولة أخرى).

نص الاتفاقية متاح على موقع الأنترنت.

http://investmentpolicyhub.unctad.org/Downbad/treaty/file/1741.

وكذلك اتفاقية الاستثمار الثنائية بين لبنان وسلوفاكيا 2009 حيث نصت المادة 8 (3) منها على ما يلي:

3- وجود سيطرة أجنبية على الشركة الوطنية:

إن الغرض من الاستثناء الذي نحن بصدده هو وجود رقابة أو سيطرة أجنبية على الشركة الوطنية[80]، فلهذا لا يسري هذا الاستثناء على الشركات الوطنية غير الخاضعة للسيطرة الأجنبية، ويثور التساؤل هنا حول ما المقصود بالسيطرة الأجنبية؟ والإجابة هنا وبالرجوع إلى نص الاتفاقية نجد أنها تخلو من أي مفهوم للسيطرة الأجنبية فضلًا عن خلوها من أي معيار يمكن الاعتماد عليه لتحديد السيطرة الأجنبية.

ويمكن القول إن وجود السيطرة الأجنبية هي مسألة معقدة، حيث تتطلب الفحص لعدد من العوامل والعناصر مثل المشاركة في رأس المال وحقوق التصويت والسلطة في الأدارة، وملكية الأسهم، وصلاحية اتخاذ القرار، كل هذه العناصر والمعايير يجب الاعتماد عليها من أجل الحصول على صورة موثوق بها، يجب أن ينظر كل هذه الجوانب مجتمعة، فلا يوجد صيغة بسيطة موحدة يمكن الاعتماد عليها كالمساهمة أو الإدارة وحدها[81].

غير أن المسألة قد تختلف وتكون أكثر تعقيدًا في حالة السيطرة غير المباشرة، ويتصور ذلك عندما تكون شركة أجنبية مسيطرة على شركة محلية في الدولة المضيفة، وهى نفسها تخضع لسيطرة رعايا الدول الأخرى، بمعنى أخر يخضع المستثمر المحلى لرقابة الشركة الأجنبية، وأن هذا الشركة يسيطر عليها رعايا الدول الأخرى، ففي هذه الحالة هل ينبغي التحقق أو الكشف عن المستثمرين الأجانب الذي يسيطرون بشكل مباشر على شركة محلية فقط أو ينبغي عليها أن تنظر أبعد من ذلك الوضع وتبحث عن سلسلة من السيطرات التي تمارسها من قبل عديد من المستثمرين بمعنى الرجوع إلى عدة مستويات لمعرفة الأشخاص الذين يسيطرون على الشركة، والجواب على ذلك أن القرارات الصادرة عن الأكسيد في هذه المسألة ليست موحدة[82].

4- يجب أن تكون الدولة الأجنبية التي يخضع لها المستثمر طرفًا متعاقدًا بالاتفاقية:

يجب أن تكون الدولة الأجنبية التي يخضع لها المستثمر طرفًا متعاقدًا بالاتفاقية وبمقتضاها يستبعد سيطرة رعايا الدول غير المتعاقدة بالاتفاقية، والسبب في ذلك يعود إلى أهداف الاتفاقية التي تسعى إلى تعزيز تسوية المنازعات بين الدول المضيفة ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى.

مما سبق نلاحظ أن معظم الاتفاقيات الثنائية لا تكرس معيار واحد لتحديد جنسية الشركة أو المستثمر الأجنبي في حالة الشخص المعنوي، ويرجع السبب في ذلك إلى اختلاف المعايير حسب التشريعات الداخلية لكل دولة فيما يتعلق بتحديد جنسية المستثمر في صورة شخص معنوي، والبحث بالتالي عن الاتفاق على شروط مشتركة أو على الأقل متفق عليها بين الدولتين لتمتع الأشخاص المعنوية بالمعاملة والحماية التي تنص عليها الاتفاقيات الثنائية[83].

ومن خلال ما سبق أيضًا يمكن القول إن اتفاقية الإكسيد تخلو من أي معيار لتحديد جنسية المستثمر الشخص المعنوي، ولا تعتمد في ذلك على معايير التي نصت عليها التشريعات الوطنية للدول المضيفة للأستثمار، بينما تعتمد بدرجة أساسية على المعايير المنصوص عليها في أتفاقيات تشجيع وحماية الأستثمار الثنائية بين الدول المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر الأجنبي، وكما بينا سابقًا أن معايير تحديد الجنسية للمستثمر الأجنبي في الأتفاقيات الثنائية تختلف من اتفاقية لأخرى[84].

لأغراض المادة 2/25/ب من اتفاقية واشنطن يعتبر، أي شخص اعتباري التي تشكل، قبل قيام النزاع، وفقًا للقوانين والأنظمة المعمول بها في دولة طرف متعاقد والتي تمت السيطرة من قبل مستثمر من دولة الطرف المتعاقد الآخر، ويجب أن تعامل على أنها من رعايا هذه الدولة الأخيرة.

[80] د. هفال صديق إسماعيل، التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص101.

[81] د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص212.

[82](UNCTAD), Disputes setes setLment, 2.4 RequirementS Ratione Personae, United Nations, New York and Geneva, 2003, p 24.

[83]Frhat Al Hirshani op. cit, p53.

[84] د. هفال صديق إسماعيل، التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص 107.

أما في حالة كون المستثمر شخص معنوي ففي هذه الحالة بإمكانها أن تخضع لاختصاص المركز ناهيك عن تمتعها بجنسية الدولة الطرف في النزاع، بيد أنه يشترط في ذلك وجود أتفاق للأطراف على معاملتها كشركة تابعة لدولة متعاقدة أخرى، وتخضع لرقابتها بسبب مصالح تلك الدولة الأجنبية المسيطرة عليها.

الخـــــاتمة

لن تكون الخاتمة سرداً موجزاً لما سبق تناوله في هذا البحث وإنما سيخصص لتسجيل أهم النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة ولأهم التوصيات التي أسفرت عنها والتي يرى الباحث ضرورة الأخذ بها وسنعرض ذلك على النحو التالي: -

أولاً: النتائج

1- وصلت الدراسة إلى أن تشجيع الأستثمار يستوجب صياغة القوانين والتشريعات التي تحمى الاستثمارات الوطنية والاجنبية، واحترام الملكية الخاصة وتوفر أقصى قدر ممكن من الضمانات للمستثمرين الوطنيين والاجانب.

2- أكدت الدراسة على أن الدولة المضيفة للاستثمار تستطيع بإدارتها المنفردة أن تعدل في تشريعاتها الداخلية وفقاً لما تقتضيه مصالحها في ضوء المتغيرات الاقتصادية دون أية مسؤولية عليها ظالما أنها لم تخالف أحكام القانون الدولي.

3- أكدت الدراسة أن المستثمر الاجنبي غالباً ما يكون شخصياً معنوياً والسبب يعود إلى طبيعة عقود الاستثمار التي تتطلب رأس مال كبير بالإضافة إلى الخبرات القيمة والواسعة وهذه الإمكانيات بالطبع تتوافر في أغلب الشركات التجارية إلا أن هذا لا يمنع من أن يكون المستثمر الأجنبي شخصياً طبيعياً ولا يؤثر في طبيعية عقد الاستثمار ما دام هدف العقود هو تحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة للدولة المضيفة.

4- توصلت الدراسة أن " جنسية" المستثمر الأجنبي شرط لتحديد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو يرتكز ذلك على لشرط السلبي للجنسية بمعنى ألا يتمتع المستثمر بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار هذا بالنسبة للشخص الطبيعي.

5- في حين أكدت الدراسة أنه لا يوجد معيار لتحديد جنسية المستثمر الأجنبي في الاتفاقيات تختلف من اتفاقية لأخرى.

ثانياً: التوصيات

1- يتوجب على الدول إيجاد قانون نموذجي موحد للاستثمار ينظم ويحكم العمليات الاستثمارية في الدول العربية بحيث تعتمد عليه تلك الدول في صياغة قوانينها الخاصة بالاستثمار.

2- توصي بوضع تعريف محدد للأستثمار الأجنبي وإعتماده من الهيئات الدولية المعنية وعلى رأسها منظمة الأمم المتحدة.

3- التعاون المشترك في المجال القانوني والاقتصادي مع الدول المجاورة والعمل من أجل بناء سوق إقليمية مشتركة وتشجيع رؤوس الأموال والتمويل المشترك للمشاريع الأستثمارية والقضاء على الاسواق الموازية.

4- نقترح تحسين شروط المناخ الاستثماري لتشجيع الاستثمار الاجنبي المباشر.

5- بما أن الدولة الليبية لديها العديد من الاستثمارات نقترح عليها ما يلي: -

أ- تشجيع صناديق الثروة السيادية على زيادة استثمارها في الاقتصاد الحقيقي.

ب_ السعي بقوة إلى تحقيق التنوع الاقتصادي لتقليل الاعتماد على قطاع النفط وذلك من خلال تنويع الصادرات والاستثمار في التكنولوجيا والهياكل السيادية وبالتالي زيادة فرص العمل.

ج- العمل على تنفيذ الأصلاحات الأدارية وإستقراء الوضع السياسي والامني الذي يعتبر عاملاً رئيساً في التأثير على تدفق الاستثمارات الاجنبية.

المراجع

أولاً: المراجع العربية: -

1. أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت 2008،
2. د. مصطفي احمد الجمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج1، الطبعة الاولي، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1998م.

3. د. أحمد عبد الحميد عشوش، د. عمر أبو بكر باخشب، أحكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990م.
4. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية والمعاملة الدولية للأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 م.
5. د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية، مطبعة العشري، الطبعة الثالثة، بدون مكان نشر، 2005.
6. د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمارات في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة الأولي , 2006م.
7. د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ,2001م،
8. د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الاجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان, 2006م.
9. د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
10. د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
11. د. سلامة فارس عزب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.
12. د. عبد المنعم زمزم، مركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري، المقارن، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2005م.
13. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، 2000.
14. د. عقيل كريم زغير، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي، دراسة مقارنة، دار الفكر القانوني، طبعة الأولي، 2005م.
15. د. فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة 1988م.
16. د. محمود السيد عمر التيحيوي، اركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، 2008، الاسكندرية.
17. د. محي الدين إسماعيل علم الدين، أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002.
18. د. هبة محمد محمد عبد المنعم، التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية تطبيق على عقود الاستثمار، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012.
19. د. هشام خالد عقد الاجنبي، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1988م.
20. د. هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2002.
21. د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، د. حفيظة السيد حداد، الجنسية ومركز الأجانب، دارسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
22. د. هفال صديق إسماعيل، التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، منشأة، المعارف للنشر، الإسكندرية، 2016م.
23. د.عصام الدين القصبي، التحكيم في منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، طبعة 2013,2014م.
24. مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي، الجزء1، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار وائل، الطبعة الأولى، عمان 2013.

ثانياً: المراجع الاجنبية: -

1. files/workshops/yement-officials-/November2013/Agreements-y1113/ Yemen- Jordon- Agreement. Aspx .
2. Frhat Al Hairshani, Manual on Ilateral Investment Treaties, E/ Escwa EDGD/ 2011/ Manual .
3. Hussen Nuaman Soufraki V. The United Arab Emirates (ICSID) Case No. ARB/ 02/7/.2007 .
4. UNCTAD), Disputes setes setLment.RequirementS Ratione Personae, United Nations, New York and Geneva, 2003 .

ثالثاً: الابحاث والمجلات: -

1. د. بلال عبد اللطيف بدوي، اتفاقيات التعاون وأثرها على امتداد شرط التحكيم: بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث قانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2014م.
2. د. محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة الاقتصاد، العدد الأول والثاني، 1977م.

رابعاً: المواقع الإلكترونية

1. https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Cases/pages/Advanced-serch.aspx.
2. .http://bit.escwa.org.ib/manual-on-Bilateral- Investment- Treaties.aspx
3. http://investmentpolicyhub.unctad.org/Dorwnload/Treaty File/1768.
4. http://bit.escwa.org Ib/uploaded.
5. .Oit.escwa.org.ib/uploaded-files/…./Bahrain-Egypt-Agreement.aspx
6. http://www.ogreement.jedco.gov.jo/doc/swissi.
7. http: www.alagerianembassy.it/sitehome/investissement-file/fichiers-pdf.
8. http://investmentpolicyhub.unctad.org/Downbad/treaty/file/1741.

خامساً: الاتفاقيات الدولية: -

1. اتفاقية لاهاي1930م.
2. اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار 1965م.
3. اتفاقية ثنائية بين لبنان وسلوفاكيا 2009م.